El siguiente es el documento presentado por el Magistrado ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del proceso de a referencia. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría.

**PORTE ILEGAL DE ARMAS / VALORACIÓN TESTIMONIO POLICIALES / CADENA DE CUSTODIA**

“Para la Colegiatura, no obstante las censuras planteadas por la togada que representa los intereses del judicializado, no existe duda alguna frente a la ocurrencia del ilícito, toda vez que de acuerdo con el dictamen de balística suscrito por JAIRO MUÑETÓN MUÑETÓN, perito en balística del CTI, se determinó que el elemento encontrado por los uniformados es un revólver marca Llama, calibre 32 largo, de fabricación industrial, el cual es apto para producir disparos. De igual forma, los dos cartuchos y las dos vainillas del mismo calibre e iguales características fueron encontrados aptos para percutir y para realizar cotejos, respectivamente.”

(…)

“No son de recibo los reparos defensivos frente a la supuesta variación de los hechos en lo atinente al sitio en el que supuestamente fue lanzado el artefacto de fuego, ni que con ello surjan dudas a ese respecto, porque si bien es cierto en los hechos consignados en el informe de los agentes captores no se determinó que la zona verde en la que quedó el arma hacía parte de un antejardín de una casa, en las declaraciones de los uniformados que participaron de ese procedimiento de captura sí consta con total claridad ese aspecto, como bien lo indicó la funcionaria de primer nivel.”

(…)

“Adicionalmente, la sentenciadora lo que debía valorar en principio era los testimonios que los miembros de la fuerza pública rindieron en juicio, como en efecto lo hizo, y no lo que se consignó o dejó de consignar en un informe que de todas formas tampoco fue incorporado como prueba, y en el que si bien no se narró ese detalle, no se plasmaron circunstancias que contradigan lo dicho por los uniformados en sus declaraciones, sino que por el contrario corroboran sus afirmaciones.

Aclarado lo anterior, debe tenerse en consideración que al decomiso se une el hecho de no contar el procesado con permiso de autoridad competente para su porte o tenencia, como el mismo lo reconoció en el momento de su aprehensión, y como se corroboró con el oficio de octubre 21 de 2013 rad. 3730, suscrito por el Ejecutivo N° 2 Comandante del Batallón San Mateo, en el cual se consignó que el señor JHON JADER GÓMEZ ARENAS no se encuentra registrado en el SIAEM Sistema Nacional de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos a Nivel Nacional.

Ahora, en lo que toca con la cadena de custodia, se advierte que la defensa se encuentra inconforme porque no se allegó ese formato como prueba ni tampoco el arma incautada, con lo que considera se genera incertidumbre sobre la autenticidad del objeto, es decir, si se trata del mismo artefacto que se recolectó en el lugar de los acontecimientos y que se encuentra en iguales condiciones a las que poseía para el instante del hallazgo.

Para la Sala en dicho planteamiento tampoco le asiste razón a la impugnante, puesto que los oficiales también fueron contestes al expresar que una vez incautaron el arma la misma fue embalada y rotulada, sin que por parte de la defensa se hubiese demostrado lo contrario. De igual forma, LUIS ALFONSO FLÓREZ SÁNCHEZ, investigador del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, quien atendió el caso, sostuvo que recibió de parte de los uniformados los elementos incautados, los cuales estaban debidamente embalados, rotulados y con el formato de cadena de custodia, todo lo cual pasó para el análisis respectivo.”

--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

 **REPÚBLICA DE COLOMBIA**

 **PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

 JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

 Pereira, cinco (05) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

 ACTA DE APROBACIÓN No 913

 SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura:  | Octubre 07 de 2016, 9:37 a.m. |
| Imputado:  | Jhon Jader Gómez Arenas |
| Cédula de ciudadanía: | 1´088.314.578 expedida en Pereira (Rda.) |
| Delito: | Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes, accesorios o municiones |
| Bien jurídico tutelado: | La Seguridad Pública |
| Procedencia: | Juzgado Cuarto Penal del Circuito con función de conocimiento de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra el fallo condenatorio de febrero 27 de 2015. SE CONFIRMA |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Dan cuenta los registros, que en septiembre 20 de 2013 siendo aproximadamente las 20:15 horas, uniformados que realizaban patrullaje en el sector de Panorama II de esta ciudad, escucharon unas detonaciones que provenían del barrio contiguo, esto es Panorama I, por lo que de inmediato informaron a otras unidades y se trasladaron al sector, en donde observaron en la manzana 2 a un individuo que posteriormente se identificó como JHON JADER GÓMEZ ARENAS, quien al notar la presencia policial se tornó nervioso, aceleró el paso y arrojó un objeto a una zona verde. Al verificarse el elemento lanzado por éste se estableció que se trataba de un arma de fuego tipo revólver, calibre 32 largo, en cuyo interior se encontraron dos cartuchos y dos vainillas, razón por la cual los agentes del orden le solicitaron a dicho ciudadano el correspondiente permiso para el porte, y en atención a que manifestó no poseerlo procedieron a su captura.

1.2.- A consecuencia de lo anterior y a instancia de la Fiscalía, se llevaron a cabo las audiencias preliminares (septiembre 21 de 2013) ante el Juzgado Único Promiscuo Municipal con función de control de garantías de La Celia (Rda.), trasladado temporalmente a Pereira, por medio de las cuales: (i) se legalizó la aprehensión; (ii) se le imputó autoría en el punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones consagrado en el artículo 365 C.P., en la modalidad de “portar”, cargo que el indiciado NO ACEPTÓ; y (iii) se ordenó la libertad inmediata debido a que se retiró la solicitud de medida de aseguramiento.

1.3.- Ante el no allanamiento a cargos se presentó formal escrito de acusación (diciembre 09 de 2013), cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta ciudad, autoridad que llevó a cabo las audiencias de formulación de acusación (agosto 13 de 2014), preparatoria (octubre 23 2014) y juicio oral (febrero 05 y 18 de 2015), luego del cual se anunció un sentido del fallo de carácter condenatoriodel que se dio lectura (febrero 27 de 2015) con el siguiente resultado: (i) se declaró penalmente responsable al imputado en congruencia con los cargos formulados; (ii) se le impuso sanción privativa de la libertad de 108 meses de prisión, inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso, y la privación de portar armas de fuego por el término de 15 años; y (iii) se negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal.

1.4.- La defensa se mostró inconforme con esa decisión y la impugnó, cuya sustentación hizo en forma escrita dentro del término legal; por tanto, la actuación fue enviada a esta Colegiatura para definir la alzada.

2.- Debate

2.1.- Defensa -recurrente-

No comparte la sentencia proferida en contra de su representado y por ende pide la absolución. Al efecto expone:

- En su criterio la Fiscalía no logró demostrar la materialidad de la conducta punible por la que fue acusado su representado, ya que los hechos fueron modificados en el juicio oral, y con ello se genera una duda insalvable.

En el informe que rindieron los agentes captores no se dijo la dirección exacta de la vivienda en cuyo antejardín se encontró el arma, aspecto que para la funcionaria a quo quedó subsanado con las declaraciones que rindieron los uniformados en la vista pública; sin embargo, resulta que desde la iniciación del trámite procesal se aseveró que el artefacto había sido arrojado a una zona verde mas no a un antejardín, lo cual vino a ventilarse únicamente en los testimonios de los citados policiales, y de los mismos se infiere que tenían claridad tanto acerca de la existencia del antejardín como de la zona verde, por lo que resulta extraño que teniendo claro el sitio no lo consignaran en ese informe, y muy seguramente ello obedece a que el objeto no fue hallado allí.

La sentencia supone la existencia de una prueba que concreta el sitio en el cual se encontró el arma, al hacer referencia a la anotación del acta de incautación de elementos a la que según se afirma se le dio lectura; no obstante, ello no es cierto porque el señor fiscal se valió de ese documento únicamente para afirmar que hacía parte del informe y que en ella se consignó el lugar donde se efectuó el hallazgo, pero de ahí no pasó a leerla, ni procedió a su incorporación como parte del testimonio de quien la suscribió o como prueba documental. En esas condiciones, la señora juez no conoció su contenido y por tanto no pudo establecer con certeza que el sitio en el que presuntamente se encontró fuera el mismo que aseguran los agentes, y con el que se dio comienzo a la cadena de custodia.

En el fallo se reconoce que el experto en balística no supo precisar de quién recibió el objeto a examinar, pero se advierte que éste dijo que todo estaba en orden; no obstante, con tal afirmación no puede asegurarse que el elemento examinado por él hubiese sido el que realmente se incautó, ya que al juicio no se llevó ni el artefacto de fuego ni la cadena de custodia.

La falladora no tuvo en consideración esos aspectos, y la libertad probatoria no puede ser tan amplia como para llegar a arbitrariedades. Era preciso que por intermedio de la cadena de custodia y del reconocimiento del elemento, se determinara que el arma que llegó al perito era la misma incautada en el lugar de los hechos, y como ello no se hizo era imposible establecer si el artefacto que le fue entregado al experto era en verdad ese al no poderse corroborar sus características y cotejarlas.

2.2.- Los sujetos procesales no recurrentes no se pronunciaron dentro del término que les fue concedido.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una parte habilitada para hacerlo -en nuestro caso la defensa-.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Al Tribunal le corresponde establecer el grado de acierto que contiene el fallo opugnado, a efectos de determinar si la decisión condenatoria adoptada en contra del aquí implicado está acorde con el material probatorio analizado en su conjunto, en cuyo caso se dispondrá su confirmación; o, de lo contrario, se procederá a la revocación y al proferimiento de una sentencia absolutoria, tal como lo solicita la defensa.

**3.3.- Solución a la controversia**

No observa la Colegiatura existencia de vicios sustanciales que afecten garantías fundamentales de las partes e intervinientes, puesto que el trámite de todas las etapas procesales se surtió con acatamiento del debido proceso, y los medios de conocimiento fueron incorporados en debida forma, en consonancia con los principios que rigen el sistema penal acusatorio, por lo que se pasará a realizar el análisis correspondiente del fallo proferido por la primera instancia, en los términos anunciados.

Como se indicara al comienzo de esta providencia, los hechos génesis de la presente actuación ocurrieron en septiembre 20 de 2013 aproximadamente a las 20:15 horas, cuando uniformados que se encontraban realizando patrullaje en el sector de Panorama II de esta ciudad escucharon unas detonaciones provenientes del barrio Panorama I, por lo que dieron aviso a otras unidades y se trasladaron hasta allí, donde observaron en la manzana 2 a un individuo que posteriormente fue identificado como JHON JADER GÓMEZ ARENAS, quien al notar la presencia policial se tornó nervioso, aceleró el paso y arrojó un objeto a una zona verde. Al verificarse el elemento lanzado por éste se estableció que se trataba de un arma de fuego tipo revólver, calibre 32 largo, en cuyo interior se encontraron dos cartuchos y dos vainillas, razón por la cual los agentes del orden le solicitaron el correspondiente permiso, y en atención a que manifestó no poseerlo, se procedió a la captura de dicho ciudadano.

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso por la togada recurrente en criterio de esa profesional en el presente asunto existe duda sobre la materialidad de la conducta por la que aquí se procede, principalmente por dos razones: (i) en el informe de captura no se consignó la dirección exacta del sitio en el que fue encontrada el arma, y en el juicio oral se dijo que dicho elemento de fuego se halló en un antejardín, pese a que desde el principio de la actuación se había indicado que se incautó en una zona verde, lo que entiende como una variación de los hechos; y (ii) se presentan dudas sobre la cadena de custodia del artefacto examinado por el perito en balística, ya que el experto no supo precisar de quién lo recibió, y el elemento no fue traído al juicio como tampoco el formato respectivo, por lo que no pudo verificarse si se trató del mismo objeto hallado por los policiales y con las mismas características de éste.

Para la Colegiatura, no obstante las censuras planteadas por la togada que representa los intereses del judicializado, no existe duda alguna frente a la ocurrencia del ilícito, toda vez que de acuerdo con el dictamen de balística suscrito por JAIRO MUÑETÓN MUÑETÓN, perito en balística del CTI, se determinó que el elemento encontrado por los uniformados es un revólver marca Llama, calibre 32 largo, de fabricación industrial, el cual es apto para producir disparos. De igual forma, los dos cartuchos y las dos vainillas del mismo calibre e iguales características fueron encontrados aptos para percutir y para realizar cotejos, respectivamente.

En cuanto a la responsabilidad, la principal prueba de cargo está representada por las declaraciones de DALTON ARLEY ESTACIO ORTEGA y EDUAR ALEXÁNDER LÓPEZ BEDOYA, agentes del orden que participaron en el procedimiento de captura, quienes de manera directa observaron cuando el aquí judicializado JHON JADER GÓMEZ ARENAS al notar la presencia de la autoridad, muy seguramente por escuchar el ruido de la moto R200 en la que se desplazaban, los miró, aceleró el paso, sacó un elemento y lo arrojó a una zona verde, razón que los llevó a solicitarle una requisa en la que no encontraron nada en su poder; pero luego, mientras LÓPEZ BEDOYA se quedó con el sospechoso, ESTACIO ORTEGA regresó al punto donde lo vieron deshacerse de algo, más o menos a 2 metros de allí, y halló un arma de fuego, a consecuencia de lo cual lo detuvieron.

Téngase en cuenta que los uniformados narraron de manera conteste, espontánea y coherente la forma en la que se desarrollaron esos acontecimientos, y para la Sala en consonancia con lo concluido por la falladora de instancia sus manifestaciones ameritan plena credibilidad, por su contundencia y claridad, en cuanto son claros en decir que observaron el nerviosismo del hoy judicializado y el momento en que se despojó de un objeto que posteriormente se determinó que era un arma. Adicionalmente, aseveraron que había muy buena iluminación, y que el señor **GÓMEZ ARENAS** era la única persona que transitaba a esa hora por ese sector.

No son de recibo los reparos defensivos frente a la supuesta variación de los hechos en lo atinente al sitio en el que supuestamente fue lanzado el artefacto de fuego, ni que con ello surjan dudas a ese respecto, porque si bien es cierto en los hechos consignados en el informe de los agentes captores no se determinó que la zona verde en la que quedó el arma hacía parte de un antejardín de una casa, en las declaraciones de los uniformados que participaron de ese procedimiento de captura sí consta con total claridad ese aspecto, como bien lo indicó la funcionaria de primer nivel.

DALTON ARLEY ESTACIO ORTEGA, uniformado que realizó directamente la incautación, señaló que el arma estaba en un antejardín, que allí hay un muro de contención de más o menos a 1.50 metros de altura, donde inicia la zona verde y posteriormente la vivienda; y a su turno EDUAR ALEXÁNDER LÓPEZ BEDOYA dijo que vio cuando el procesado sacó algo de la pretina del pantalón y lo tiró a un jardín alto, es decir, que su versión es coincidente en ese sentido con lo indicado por su compañero de patrullaje.

En esas condiciones quedó establecido que el hoy acusado lanzó a una zona verde que hace parte del antejardín de una casa ubicada en la manzana 2 del barrio Panorama I de esta ciudad, un objeto que posteriormente logró determinarse que se trataba de un arma. El que no se haya consignado ni la dirección ni que la zona verde a la que se hacía referencia era un antejardín de un inmueble en el citado informe, no es un aspecto que genere una variación sustancial en la imputación fáctica que desde el inicio se hizo, puesto que no hay ninguna modificación de los hechos en los términos en que lo sostiene la recurrente.

Adicionalmente, la sentenciadora lo que debía valorar en principio era los testimonios que los miembros de la fuerza pública rindieron en juicio, como en efecto lo hizo, y no lo que se consignó o dejó de consignar en un informe que de todas formas tampoco fue incorporado como prueba, y en el que si bien no se narró ese detalle, no se plasmaron circunstancias que contradigan lo dicho por los uniformados en sus declaraciones, sino que por el contrario corroboran sus afirmaciones.

Aclarado lo anterior, debe tenerse en consideración que al decomiso se une el hecho de no contar el procesado con permiso de autoridad competente para su porte o tenencia, como el mismo lo reconoció en el momento de su aprehensión, y como se corroboró con el oficio de octubre 21 de 2013 rad. 3730, suscrito por el Ejecutivo N° 2 Comandante del Batallón San Mateo, en el cual se consignó que el señor JHON JADER GÓMEZ ARENAS no se encuentra registrado en el SIAEM Sistema Nacional de Control y Comercio de Armas, Municiones y Explosivos a Nivel Nacional.

Ahora, en lo que toca con la cadena de custodia, se advierte que la defensa se encuentra inconforme porque no se allegó ese formato como prueba ni tampoco el arma incautada, con lo que considera se genera incertidumbre sobre la autenticidad del objeto, es decir, si se trata del mismo artefacto que se recolectó en el lugar de los acontecimientos y que se encuentra en iguales condiciones a las que poseía para el instante del hallazgo.

Para la Sala en dicho planteamiento tampoco le asiste razón a la impugnante, puesto que los oficiales también fueron contestes al expresar que una vez incautaron el arma la misma fue embalada y rotulada, sin que por parte de la defensa se hubiese demostrado lo contrario. De igual forma, LUIS ALFONSO FLÓREZ SÁNCHEZ, investigador del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, quien atendió el caso, sostuvo que recibió de parte de los uniformados los elementos incautados, los cuales estaban debidamente embalados, rotulados y con el formato de cadena de custodia, todo lo cual pasó para el análisis respectivo.

Por su parte, el perito JAIRO MUÑETÓN MUÑETÓN, no obstante que en su declaración no recordó la persona que le entregó esos elementos, sí dejó en claro, y ello lo resaltó la funcionaria de primera nivel, que al momento de recibir el arma, los cartuchos y las vainillas que eran motivo de valoración, verificó que los mismos estaban embalados, rotulados y con la correspondiente acta en la que registró sus datos.

De acuerdo con lo anterior, no se tiene ningún soporte para poner en tela de juicio por parte de la profesional del derecho que el elemento fuera otro diferente al que se encontró en el sitio de los hechos, porque no existe ningún medio probatorio dentro de la actuación que indique que el procedimiento para conservar esas evidencias se hizo en forma irregular.

En ese orden de ideas y al considerarse que la providencia de primer grado se encuentra ajustada a derecho, se procederá a su confirmación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo objeto de apelación.

Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación que de interponerse habrá de hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

La Secretaria de la Sala,

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ